

A BUSCA DA EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO ATRAVÉS DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Anneclley de Souza França Araújo,
Advogada e Pós-graduanda em Direito
Público.

RESUMO: Com o advento da Constituição Federal de 1988 surgiram alguns institutos, inseridos nos direitos e garantias fundamentais, preocupados em resolver os problemas gerados com as omissões legislativas. Esses remédios constitucionais, dentre eles o Mandado de Injunção, surgiram para enfrentar os diferentes problemas trazidos pela ausência de norma regulamentadora ou de medidas de outra natureza. Por ter sido um instrumento novo, vem gerando, na doutrina e jurisprudência, diversas polêmicas acerca do estudo de sua aplicação no ordenamento constitucional brasileiro e de sua finalidade, qual seja, a busca da efetividade da Carta Magna e um meio de proteção contra as omissões legislativas.

PALAVRAS-CHAVE: mandado de injunção, efetividade constitucional.

ABSTRACT: Some institutes, inserted in the rights and fundamental guarantees, emerged with the coming of the federal constitution in 1988. They were concerned about solving the problems generated by the legislative omissions. These constitutional remedies, the writ of injunction was in the midst of them, appeared to face the different problems caused by the absence of a regulation law or any other measures of any kind. Seeing that it is a new instrument, it has generated, in the doctrine and jurisprudence, several polemics about the studies of its application of the Brazilian constitutional ordenament and its purpose, which is the search for the effectiveness of the constitution and as a mean of protection against the legislative omissions.

KEY WORDS: write of injuction, effectiveness of the constitution

1. ORIGEM DO INSTITUTO E A EXEGESE DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Pelo fato de ser o mandado de injunção uma novidade da Constituição Federal de 1988, a doutrina diverge sobre a forma pela qual o instituto se revelou para o direito.

Quando se fala que o mandado de injunção é um instituto novo está se referindo não só ao momento em que foi criado, mas principalmente por ser um instituto muito pouco difundido e utilizado.

Surgiram nas doutrinas basicamente 03 entendimentos acerca da origem desse instituto: uma primeira corrente afirmando ser o mandado de injunção uma recepção do direito anglo-americano, a segunda que foi uma criação do direito brasileiro e a terceira um resultado da influência do direito português.

Apesar do mandado de injunção despertar entre os hermeneutas do direito comparado uma discussão salutar, é dominante a doutrina que afirma ser esse instituto um remédio constitucional cuja herança foi o sistema jurídico inglês.

Essa corrente majoritária apóia-se na idéia de que o mandado de injunção guarda semelhança com o *writ of injuction* adotados nos sistemas da *common law* e da *equity*, ambos utilizados no direito anglo-saxônico. Em 1973, a primeira lei de organização judiciária uniu as jurisdições de *common law* e da *equity*, estando entre estes últimos o mandado de injunção.

O *writ of injuction* é usado na América do norte para solucionar as lides e a sua aplicabilidade, baseando-se na eqüidade jurídica. Nesses países, quando existe uma norma jurídica limitada, insuficiente ou incompleta, esse instituto será aplicado, devendo o juiz solucionar o caso concreto com justiça e eqüidade.

A *injuction* é uma ordem que deve ser utilizada na ausência dos meios adequados para solucionar determinados conflitos, onde o julgador utilizará a eqüidade para determinar ao impetrado a prática de ato a que estava ele obrigado ou a abstinência de praticá-lo, quando seu exercício resultar perigo ao seu impetrante.

Foi intenção do legislador, ao criar o mandado de injunção, tornar exeqüíveis, ou, pelo menos, fruíveis os direitos que estão previstos

na Constituição Federal, por isso sua comparação com *writ of injuction* do direito anglo saxônico.

Para os que entendem ser o instituto uma criação do direito brasileiro, o mandado de injunção não possui qualquer vínculo com outro instituto do direito alienígena.

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins afirmam tal entendimento dizendo:

O mandado de injunção insere-se neste contexto. Medida sem precedente, quer no direito nacional quer no direito alienígena. A confrontação que se possa fazer com a *injuction* do direito americano só leva à conclusão da absoluta singularidade do instituto pátrio.¹

Já para aqueles que entendem ser o instituto uma influência do direito português, tem-se o grande jurista J.J. Calmon de Passos, que afirmava ser o mandado de injunção “um estrangeiro naturalizado, com obrigação de saber o vernáculo, ainda que fale a nossa língua com um certo sotaque”.²

Outro posicionamento de extrema importância nessa terceira corrente é do jurista Souto Maior Filho que afirmava:

Estávamos saindo de uma ditadura militar, durante a qual a repressão chegou a ser total, isso nos idos dos anos sessenta. O nosso país assistiu, estarrecido e perplexo, às censuras, prisões políticas, extradições, desaparecimentos inexplicáveis e até assassinatos explicáveis dos seus cidadãos. Por isso, nada melhor que uma constituição Cidadã para abraçar os ideais de liberdade que o país do pau-brasil naquele momento almejava.

¹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, p.357.

² Apud. ANASTÁCIO, Rachel Bruno. *Mandado de Injunção em busca da efetividade da Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.11.

Mostrou-se ser assim, *conditio sine qua non*, colocar no texto constitucional, institutos das mais abrangentes garantias, mesmo que estas abrangências adentrassem áreas específicas da legislação ordinária.³

Na Constituição Federal de 1988, o mandado de injunção está previsto no artigo 5, inciso LXXI que diz:

Art 5º...

LXXI- conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Esse instituto figura ao lado de outras garantias constitucionais, no capítulo que diz respeito aos direitos e deveres individuais e coletivos. É um remédio que nossa Carta Magna defere ao cidadão, para defesa de sua esfera jurídica, ao lado de outros já conhecidos, como o *habeas data*, mandado de segurança individual e coletivo e da ação popular, como uma garantia constitucional.

Conforme ensinamentos de Rachel Bruno Anastácio, o mandado de segurança visa proteger o exercício de um direito fundamental sempre que alguém se encontrar impedido de fruí-lo ante a falta de norma regulamentadora.

Esse instituto pressupõe a existência de um direito subjetivo público, tendo cada pessoa a titularidade do direito de agir, podendo invocá-lo no caso concreto de uma lesão ao direito amparado pela norma de injunção.

Essa doutrinadora entende que o mandado de injunção é uma garantia constitucional de natureza processual, um remédio tipicamente constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício

³ SOUTO MAIOR FILHO, Marco Antônio. *Mandado de Injunção*. Revista *Consulex*, ano V, nº 108, 2001, p. 31.

dos direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

J.J. Calmon de Passos, ao analisar esse inciso constitucional, retira duas conclusões. A primeira delas é que esse instituto não foi pensado para a tutela de um direito objetivo, como instrumento de garantia da efetividade da ordem jurídica de modo imediato, sim como instrumento de tutela de direito subjetivo, só mediatamente servindo ao direito objetivo, sem prejuízos da existência de remédios de direito objetivo com igual ou análoga finalidade.⁴

Sua segunda conclusão foi a de que seu objeto é sempre matéria constitucional, para assegurar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

2. A AUTO-APLICABILIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Desde os primeiros momentos até a Constituição Federal de 1988, os juristas constitucionalistas tiveram como problema desvendar o grau de eficácia conferido pelo Legislador ao artigo 5º, LXXI.

Alguns doutrinadores, vale ressaltar, em sua minoria, sustentam que as regras constantes no preceito constitucional que instituiu o mandado de injunção não eram suficientes para efetivar sua aplicação, ficando sua utilização condicionada à promulgação das regras processuais regulamentadoras.

Para os doutrinadores que entenderam que o mandado de injunção, juntamente com outros remédios processuais, têm aplicação imediata, justificaram sua posição na posição em que instituto foi inserido no texto constitucional, ou seja, no rol dos direitos e garantias constitucionais.

Diz o artigo 5º, parágrafo 1º da CF:

Artigo 5º (...)

⁴ PASSOS, J.J. Calmon. *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção e Habeas Data*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.0

Parágrafo 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Esse argumento analisado isoladamente não prospera, já que diversos dispositivos que se inserem na tipologia dos Direitos Fundamentais reclamam a intermediação legislativa. Entretanto, outros argumentos existem, os quais, somados ao anterior, conduzem à conclusão da imediatidade dessas normas.

Um dos primeiros argumentos foi a supressão da expressão “na forma da lei” que antes existia no projeto de lei que deu origem a esse instituto e que suprimido na redação final do inciso LXXI.

Ademais, conforme ensina J.J. Calmon de Passos, não se outorga direito sem que, necessariamente, para ele exista remédio ou procedimento aplicável.

Nessa linha de entendimento o mesmo autor assevera que a norma regulamentadora do mandado de injunção não é, ela própria, uma simples norma programática, no sentido de que seu objeto, conteúdo, extensão e limites, dependam de eventual lei reguladora.

Desse modo, outro não seria o entendimento senão o de reconhecer a auto aplicabilidade do preceito instituidor do mandado de injunção.

Nesse mesmo entendimento Rachel Bruno Anastácio afirma que:

Quanto à norma instituidora do mandado de injunção, em específico, pode-se afirmar que se trata de norma de eficácia plena, imediata e integral, uma vez que pode produzir todos os seus eventuais efeitos.

(...) Não obstante tal afirmação, cumpre analisar os demais elementos que sustentam a tese da auto-aplicabilidade da norma criadora do mandado de injunção, que passam não só pela análise da própria constituição, mas também pela *mens legislatoris* quando da introdução da norma em nosso ordenamento.⁵

⁵ Ob. cit. p. 39/40

Desse modo, após várias decisões e discussões sobre o tema, a maioria da doutrina e jurisprudência entende que o mandado de injunção é uma ação constitucional, e como tal, prescinde de regulamentação em lei complementar ou ordinária.

3. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O MANDADO DE INJUNÇÃO

O objeto do mandado de injunção é tornar viável o exercício de um direito fundamental, quer a obrigação de prestar o direito seja do Poder Público, quer seja do particular.

Sua finalidade precípua é viabilizar o exercício de um direito fundamental, que será sempre presumido eficaz, mas cujo exercício está impossibilitado pela omissão do poder público em prestar a providência necessária de que ele depende.

No mandado de injunção, o Poder Judiciário não expede uma ordem para legislar ou emitir a norma faltante, sendo que ele mesmo cria a norma necessária para os fins estritos e específicos da norma que lhe cabe julgar.

Ocorre que para o exercício desse instituto, dois pressupostos básicos terão de ser observados. O primeiro deles está relacionado a inviabilização do direito constitucional assegurado e o segundo à falta da norma regulamentadora.

No que se refere ao segundo requisito, não é necessária a ausência total de norma. Conforme entendimento do jurista Carlos Augusto Alcântara Machado:

Seria perfeitamente possível depararmos com a situação em que, apesar da existência da norma regulamentadora, o direito do eventual titular poderia ainda não estar suficientemente viabilizado, por deficiência da norma (regramento parcial), impedindo, por conseguinte, o exercício do direito potencialmente previsto na norma constitucional.⁶

⁶ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção Um instrumento de efetividade da Constituição*. São Paulo: Atlas, 1999, p.76.

Outro ponto importante a ser ressaltado nesse instituto é a legitimidade.

Toda e qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, física ou jurídica, capaz ou incapaz, que titularize um direito fundamental, não exercitável ante a omissão do poder público em expedir a norma regulamentadora necessária, tem legitimidade para propor o mandado de injunção.

Já a legitimidade passiva é exclusivamente da autoridade ou do órgão responsável pela expedição da norma regulamentadora, não admitindo a Corte sequer o litisconsórcio passivo entre essas autoridades ou órgãos e particulares que vierem a ser obrigados ao cumprimento da norma regulamentadora.

4. A BUSCA DA EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO

Quando se fala em efeitos da decisão do mandado de injunção, tem-se que levar em consideração as diversas correntes que buscam interpretar o instituto e os efeitos dele decorrentes.

Dentre essas diversas correntes, três são destacadas, afirmando que cabe ao Poder Judiciário: a) elaborar a norma regulamentadora faltante, suprimindo, deste modo, a omissão do legislador; b) declarar inconstitucional a omissão e dar ciência ao órgão competente para a adoção das providências necessárias à realização da norma constitucional; e c) tornar viável, no caso concreto, o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional que se encontrar obstado por faltar norma regulamentadora.

A primeira corrente não merece prosperar porque transforma o mandado de injunção de tutela de direito subjetivo em tutela de direito objetivo, na medida em que afirma tal instrumento elaborando a norma regulamentadora faltante e suprimindo a omissão do legislador.

Conforme os ensinamentos de Flávia Piovesan:

Já se disse que, ante a Carta de 1988, em caso de omissão inconstitucional, constitui a ação direta de inconstitucionalidade de omissão instrumento de defesa de direito objetivo. Isto é, enquanto esta ação apresenta por objeto a ordem jurídica lacunosa propriamente dita, o mandado de

injunção tem como objeto o direito subjetivo, que se encontra violado no caso concreto, posto que inviabilizado por falta de regulamentação.⁷

Entende a doutrinadora Flávia Piovesan ser incabível a segunda corrente por usurpar a finalidade da ação de inconstitucionalidade por omissão, na medida em que admite o Poder Judiciário declarar inconstitucional a omissão e dar ciência ao órgão competente para a adoção das medidas necessárias à realização da norma constitucional. Seria irrazoável o constituinte criar dois institutos com finalidades idênticas.

Já a terceira corrente entende que o Poder Judiciário, ao conceder o mandado de injunção, torne viável, no caso concreto, o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional que se encontra obstado por faltar alguma norma regulamentadora. Sendo assim, cabe ao titular deste direito omissor, através do mandado de injunção, postular ao Poder Judiciário a edição de decisão saneadora para que se concretize o exercício do direito subjetivo constitucional.

É importante ressaltar que o Mandado de Injunção só é cabível quando os direitos subjetivos são preexistentes e não para criá-los ou abrangê-los. A esse entendimento, filia-se Celso Ribeiro Bastos que dá luz e consolida hermenêutica nesse dispositivo, junto com a esmagadora jurisprudência do STF, senão vejamos, *in verbis*:

... É necessária, pois, a existência de um direito subjetivo concedido em abstrato pela Constituição, cuja fruição está a depender de norma regulamentadora. Diferente é a situação quando a Constituição apenas outorga expectativa de direito, e, portanto, a norma regulamentadora faltante se presta a transformar essa mera expectativa de direito em direito subjetivo. Nesse caso, não cabe mandado de injunção e sim ação direta de inconstitucionalidade por omissão... (grifo nosso)

⁷ PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 148

Mandado de Injunção – Servidores da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso – Aposentadoria Especial – Atividades Insalubres ou Perigosas – Artigos 5º, Inc. LXXI, e 40, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

O § 1º do art. 40 da CF apenas faculta ao legislador, mediante lei complementar, estabelecer exceções ao disposto no inciso III, a e c, ou seja, instituir outras hipóteses de aposentadoria especial, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas. 2. Tratando-se de mera faculdade conferida ao legislador, que ainda não a exercitou, não há direito constitucional já criado, e cujo exercício esteja dependendo de norma regulamentadora. 3. Descabimento do Mandado de Injunção, por falta de possibilidade jurídica do pedido, em face do disposto no inc. LXXI do art. 5º da CF, segundo o qual somente é de ser concedido mandado de injunção quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. 4. Inexistindo, ainda, no ordenamento constitucional, o pretendido direito, não é o Mandado de Injunção o instrumento adequado para possibilitar sua criação. 5. Precedentes do STF. 6. Questão de ordem que o Plenário resolve, não conhecendo do Mandado de Injunção, pela impossibilidade jurídica do pedido. (STF – MI 494 – Rel. Min. Sydney Sanches – DJU 12.12.1997)

Transportando esses entendimentos doutrinários para a jurisprudência, principalmente no que se refere a natureza jurídica das decisões do STF e seus efeitos, existem 03 correntes que explicam os entendimentos daquela corte constitucional sobre o mandado de injunção.

Na primeira corrente é dado um entendimento restrito, em que, preenchidos os requisitos do *instrument*, deve-se declarar a omissão e

comunicar à Câmara Legislativa para tomar as providências necessárias, ou seja, editar a norma faltante.

Infelizmente, essa é a corrente dominante, sustentada pelo Min. Celso de Mello no Mandado de Injunção 288-6, *Diário da Justiça*, Seção I – 3.05.95 e do Min. Sepúlveda Pertence, conforme voto em Mandado de Injunção nº 168, publicado no *Diário da Justiça* do dia 20.04.90, transcrito em parte, abaixo:

...O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão do Legislativo ou regulamentar, editando ato normativo omitido, nem menos ainda lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que supra...

Além dessa decisão, entende, por maioria, a Corte Suprema que, persistindo a inércia, mesmo após a comunicação, estará ressaltado o direito do impetrante à reparação econômica, como se vê em jurisprudência do STF:

...O novo “writ” constitucional, consagrado pelo art. 5º, LXXI, da Carta Federal, não se destina a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico “impõe” ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do poder. Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional – único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação

legislativa reclamada – e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção n. 283, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se “prescindível nova comunicação à instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, “desde logo”, a possibilidade de ajuizarem, “imediatamente”, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório. (STF – MI 284 – DF – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 26.06.1992).

A segunda corrente entende que, após preenchidos os requisitos do mandado de injunção, deve ser declarada a omissão do órgão legiferante para assegurar, desde logo, o exercício do direito almejado pelo impetrante, dando-lhe efeitos *inter partes*, até que o órgão competente supra essa lacuna. Esse é o entendimento dos Ministros Carlos Veloso e Marco Aurélio.

Em Mandado de Injunção nº 107, o Min. Marco Aurélio, assim se posicionou:

...sob minha ótica, o mandado de injunção tem, no tocante ao provimento judicial, efeitos concretos, beneficiando apenas a parte envolvida, a impetrante. No caso, a prevalecer o precedente da Corte, quanto à mera comunicação do Congresso Nacional, vindo à baila um diploma legal provocado pela nossa decisão, haverá um alcance ilimitado quanto às partes envolvidas no Mandado de Injunção.

... Peço venia para entender que o mandado de injunção tem desfecho concreto, não implica simplesmente uma vitória de Pirro para o impetrante. O mandado de injunção deve viabilizar o exercício de direito previsto na Carta...

Entende o ministro que não se deve esperar a boa vontade do Congresso Nacional, ou do órgão omissor, mas sim, resolver o “problema”, tornando viável o exercício do direito aludido, desde que tal decisão não seja *erga omnes* e, sim, *inter partes*. Desse modo, será dada a oportunidade ao Poder Legislativo e obedecendo ao Princípio da Separação dos Poderes.

A terceira corrente entende que deveria o STF declarar a omissão inconstitucional normativa e comunicar ao órgão competente, seja ele o Executivo ou Legislativo, para que, em um prazo que, diga-se de passagem, nunca inferior ao do processo legislativo sumário, haja a manifestação do poder competente. Só após decorrido esse prazo, e não tendo o Legislativo ou Executivo suprido a omissão, é que o Tribunal poderá, para o caso concreto e *inter partes*, fixar as condições necessárias, para que possa o impetrante usufruir de seu direito subjetivo. Dessa forma, não estará acontecendo usurpação na separação dos poderes (art.2º), nem estará sendo ferido o Princípio da Inafastabilidade do Judiciário na apreciação das lides. Esse é o entendimento dos ministros. Neri de Silveira e Moreira Alves.

Enfim, apesar das várias correntes doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, o que realmente importa é que o instrumento do MANDADO DE INJUNÇÃO não corra o risco de tornar-se letra morta no contexto judicante e que cumpra o seu papel constitucional de dar efetividade a essas normas.

5. BIBLIOGRAFIA

- JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- PASSOS, J.J. Calmon. *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção e Habeas data*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- ANASTÁCIO, Rachel Bruno. *Mandado de Injunção em busca da efetividade da Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção – Um instrumento de efetividade da Constituição*. São Paulo: Atlas, 1999.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo. Saraiva, 1992.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.